

# ONGEREGELDE ONRECHTMATIGE OVERHEIDSDAAD

*Mr. J. Spier/Mr. C.J.J.M. Stolker*

## 1. INLEIDING

**D**E ONTWIKKELING van het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad in de laatste ruwweg twee eeuwen is een zeer opmerkelijke geweest. Tijden waarin de rechter zich in verregaande mate bezighield met het beoordelen van overheidshandelen werden afgewisseld door perioden waarin de overheid op ruime schaal vrij spel kreeg. Met name de laatste decennia slaat de slinger van de klok in wel zeer vergaande mate door naar overheidsaansprakelijkheid. Kon mogelijk, met name in de eerste honderd jaar gerekend vanaf de invoering van het geldend BW, worden gezegd dat de ontwikkeling min of meer gelijke tred hield met die van het leerstuk van de 'gewone' onrechtmatige daad thans valt een dergelijke parallel veel moeilijker te bespeuren.

Het is in ons land nooit erg en vogue geweest om aan te geven waarom de rechtspraak zich in een bepaalde richting ontwikkelt. Algemene ontboezemingen die inhouden waarom het aangaat op een bepaalde wijze te beslissen worden — in gevallen waarin wet of wetsgeschiedenis geen houvast bieden — slechts sporadisch aangetroffen. Onbegrijpelijk is dat niet, omdat het nu eenmaal niet eenvoudig is anders dan op subjectieve gronden aan te geven waarom het één billijk is en het ander niet. De — alweer een vaag begrip — maatschappelijke inzichten van een bepaalde tijd spelen daarbij uiteraard een belangrijke rol. Doch juist omdat het vaak zo eenvoudig is om met een modestroom mee te roeien gebeurt het niet zelden dat men zich onvoldoende rekenschap geeft van de consequenties van een bepaalde ontwikkeling.

Op het stuk van de onrechtmatige daad manifesteert zich dit bijvoor-

beeld waar het betreft de nieuw in het leven geroepen en mogelijk nog te roepen risicoaansprakelijkheden. Het is duidelijk dat de wetgever deze problematiek in verband ziet met art. 6.1.9.12b. Doch de wijze waarop men te werk gaat is een andere. Eerst worden nieuwe aansprakelijkheden in het leven geroepen zonder zich om de effecten daarvan te bekommeren, om dan vervolgens te constateren dat uitwerking van de even genoemde regel op problemen stuit.<sup>1</sup>

Terug naar de onrechtmatige overheidsdaad.

Reeds meer dan dertig jaar worstelt Nederland met de nieuwe codificatie van het Burgerlijk Recht. In die dertig jaar is de rechtspraak over het onderwerp dat ons thans bezighoudt belangrijk veranderd. Het is dan ook voorzichtig uitgedrukt merkwaardig dat de wetgever — de wijze en vermanende woorden van de Raad van State ten spijt<sup>2</sup> — op geen enkel moment de behoefte heeft gevoeld om ook dit voor de samenleving toch zeker niet onbelangrijke onderwerp te regelen.

Los van uiteenzettingen aan het begin van de NBW-rit<sup>3</sup> is over dit onderwerp nagenoeg niets gezegd. Op een vraag van het VVD kamerlid Korthals na<sup>4</sup> — waarop in de wolligst denkbare bewoordingen werd geantwoord<sup>5</sup> — heeft de wetgever blijkbaar gemeend zichzelf een brevet van onvermogen te moeten uitreiken.<sup>6</sup> Dienvolgens is hij bij de pakken neer gaan zitten. Een dergelijke benadering is niet begrijpelijk. Zij past slecht in hetgeen men 'logischerwijs' zou verwachten, doch zo werkt de administratie nu eenmaal. Hetgeen voor de hand ligt wordt niet gedaan, zoals zo treffend geïllustreerd door de wel zeer cynische discussie tussen Burgemeester Dikkerdack en de politiecommissaris Bas. Nadat Bas in zeer ernstige mate in zijn ambtsbediening was tekortgeschoten werd hij door de Burgemeester als volgt toegesproken: 'ja, ja, het is niet best, Bas! Ik overweeg om je weg te laten promoveren!'. In hetzelfde verhaal was ook de voorzitter van de Voogdijraad ernstig tekortgeschoten. Daarop was hij 'op de meest eervolle wijze van zijn ambt ontheven, met dank voor de vele en belangrijke diensten aan de stad bewezen'. In een

1 Art. 6.3.2.5 is daarvan een goed voorbeeld. Verder is het afwachten wat in der goden schoot verborgen ligt nopens (eventuele) nieuwe bepalingen in afd. 6.3.2, vergelijk de Justitie begroting 1988 NJB 1987 blz. 1048 (r.k.).

2 Zie parlementaire geschiedenis boek 6, blz. 621/2.

3 Zie nader J. Spier, BW-krant jaarboek 1985 blz. 41 e.v.

4 UCV 76 blz. 15.

5 UCV 76 blz. 38.

6 Op de onwenselijkheid daarvan werd al eerder gewezen. Zie bijv. J. Spier (nt. 2).

zeldzaam moment van helderheid merkt Bommel daaromtrent op: 'Nu, daar kan hij het mee doen!'<sup>7</sup>

Na de intrekking van het beruchte Conflictenbesluit van 1822 bleek de rechter de eerste jaren vrij terughoudend bij het beoordelen van overheidshandelen.<sup>8</sup> Doch in het begin van de jaren zestig worden de sluizen van de overheidsaansprakelijkheid ver opengezet. Maar de euforie van de burger duurde niet lang. In 1871 doemt ineens, uit het niets, de leer van de 'overheid als zodanig' op.<sup>9</sup> Die leer komt er op neer dat de overheid niet aansprakelijk kan zijn wanneer zij in haar 'eigenlijk gezegd overheidshandelen' tekort schiet. Een tweede dam tegen de overheidsaansprakelijkheid wordt opgeworpen in 1896. De Hoge Raad overwoog toen dat schending van — kort gezegd — publiekrechtelijke verplichtingen geen onrechtmatige daad oplevert.<sup>10</sup> Bij de destijds zo genoemde 'november revolutie' van 1924 leek deze leer te worden verlaten.<sup>11</sup> Doch ook ditmaal was de euforie van korte duur. Mogelijk geschrokken van zijn vermetelheid deed de Hoge Raad in het Zuiderhaven-arrest<sup>12</sup> weer een stapje terug. Toen immers werd het weinig klare onderscheid tussen 'waarborgnorm' en 'instructienorm' 'uitgevonden'. Aangenomen kan worden dat het hanteren van dit toch al weinig handzame onderscheid in onbruik is geraakt.<sup>13</sup>

Nadat tegen het einde van de vorige eeuw, op nogal onduidelijke gronden, de rechtspraak ineens zeer terughoudend werd met het aannemen van onrechtmatigheid ingeval van strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid werd, kennelijk mede onder de druk van een aanhangig wetsontwerp, in 1919 onomwonden uitgemaakt dat handelen in strijd daarmee onrechtmatigheid constitueert. Het heeft geruime tijd geduurd voordat deze — los van het historisch perspectief — verregaande verruiming van de aansprakelijkheid doordrong tot de overheidsaansprakelijkheid. In het Strooppot-arrest<sup>14</sup> werd geleerd dat toetsing aan de maatschappelijke zorgvuldigheid alleen mogelijk was wanneer de overheid optrad 'op gelijken voet als een bijzonder persoon'. Werden

7. Tom Poes en de Partenspeler.

8. Zie hierover en over het navolgende nader J. Spier, BW-krant 14e jaargang nr. 1 blz. 15 e.v. Enigszins verkort ook gepubliceerd in *Recht en Kritiek* 1985, blz. 174 e.v.

9. HR 9 juni 1871, W 3340.

10. HR 29 mei 1896, W 6817.

11. HR 20 november 1924, NJ 1925, 89.

12. HR 23 november 1939, NJ 1940, 242 EMM.

13. Zie bijv. J. Spier, *Onrechtmatige Overheidsdaad* 1987, blz. 78/9.

14. HR 29 juni 1928, NJ 1928, 1138 EMM.

enkele jaren later de scherpe kantjes van deze nieuwe leer reeds afge-  
vild<sup>15</sup>, sedert 1940 is ook zij in onbruik geraakt.<sup>16</sup>

166 |

Van moeilijk te overschatten betekenis zijn — achteraf bezien — de woonruimtevoorderings-arresten geweest.<sup>17</sup> Daarin werd immers uitgemerkt dat niettegenstaande het feit dat de *wetgever* de rechter buiten spel had gezet voor de rechter steeds een taak is weggelegd ingeval van willekeur of *détournement de pouvoir*. Kennelijk heeft de rechter toen gemeend — en met recht — dat n'en déplaise de wetgeving, werkelijk onrecht moet worden gekeerd.

Met de laatste arresten is het gebied van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur betreden. Werd aanvankelijk slechts met grote terughoudendheid daaraan getoetst, de laatste jaren kan er geen twijfel meer over bestaan dat zij in volle omvang ten toets kunnen komen.<sup>18</sup> Het gevolg daarvan is dat de overheidsaansprakelijkheid is opgerekt. De administratie kan onder bepaalde omstandigheden aansprakelijk zijn, in gevallen waarin andere partijen dat niet zouden zijn geweest.

Anderzijds past de rechter een zekere terughoudendheid — die hij in mindere of meerdere mate in acht neemt — ingeval sprake is van beleidsvrijheid. Alsdan past slechts marginale toetsing.<sup>19</sup>

Tot zover is, zeker waar het de laatste decennia betreft, sprake van een min of meer vloeiend verlopende lijn langs welke de rechter minder beschroomd raakt overheidshandelen te beoordelen en als onrechtmatig te bestempelen. De ontwikkeling past<sup>20</sup> redelijk binnen hetgeen zich in algemene zin op het stuk der onrechtmatige daad afspeelt. Heel grof gezegd kan worden geconstateerd dat deze ontwikkeling zich mag verheugen in instemming in vrij brede kring.

Opmerkelijker is hetgeen met name de laatste jaren geschiedt met betrekking tot wetgeving en vernietigde beschikkingen.

Wetgeving in materiële zin kan onrechtmatig zijn, en wel ingeval van strijd met een hogere regeling.<sup>21</sup> Hetzelfde geldt ingeval van strijd met

15. HR 5 mei 1933, NJ 1933, 875 EMM.

16. HR 20 december 1940, NJ 1941, 365 EMM.

17. HR 14 januari 1949, NJ 1949, 557 en 25 februari 1949, NJ 1949, 558.

18. Zie nader J. Spier (nt. 13) nr. 24. Zie voor de laatste ontwikkelingen die nog steeds niet ten volle duidelijkheid bieden (zie de beide annotaties) HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727 MS; AB 1987, 273 FHvdB.

19. Idem nr. 12 en 13.

20. Een nadere uitwerking zou op haar plaats zijn, doch past niet in het bestek van dit betoog.

21. HR 24 januari 1969, NJ 1969, 316 HD.

de algemene rechtsbeginselen<sup>22</sup> en bij strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>23</sup>

Zeer ver gaat de rechtspraak waar het betreft — kort gezegd — vernietigde beschikkingen.<sup>24</sup> Dat te dier zake onder omstandigheden aansprakelijkheid kan bestaan had de Hoge Raad reeds uitgemaakt in het arrest Grubbenvorst/Caldenbroich.<sup>25</sup> Op zich behoeft dat niet te verbazen. Doch de ontwikkeling is aanzienlijk voortgeschreden.

| 167

## 2. Vernietigde beschikkingen

Een duidelijk voorbeeld daarvan is de recente rechtspraak over ten onrechte verleende of ten onrechte geweigerde beschikkingen. De vraag was steeds of de overheid aansprakelijk is voor de schade die haar wederpartij lijdt, als een door haar gegeven beschikking wordt vernietigd. Ja, zo blijkt uit het befaamde en beruchte Hoffmann-La Roche arrest van de Hoge Raad; en het venijn zat in de staart:

‘In geval een overheidslichaam een onrechtmatige daad pleegt door een beschikking te nemen en te handhaven die naderhand door de rechter wordt vernietigd wegens strijd met de wet, is daarmee de schuld van het overheidslichaam in beginsel gegeven. Het betoog dat hier een uitzondering op haar plaats is op de grond dat de rechter is uitgegaan van een rechtsopvatting die ten tijde van de beschikking voor het overheidslichaam onvoorzienbaar was en waarmee dit lichaam geen rekening behoeft te houden, faalt. Deze enkele omstandigheid staat er immers niet aan in de weg dat de gevolgen van een zodanige uitspraak voor rekening van het overheidslichaam komt, en doet derhalve niet af aan de in beginsel gegeven schuld van dit lichaam’.<sup>26</sup>

Deze vèrgaande uitspraak bleek geen uitzondering.<sup>27</sup> Met de vernietiging van de beschikking is de schuld van het overheidslichaam gegeven.

22. HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 MS.

23. HR 3 oktober 1986, NJ 1987, 911 MS.

24. Bij nader inzien komt het voor dat een ontwikkeling als hier gesignaleerd reeds sinds 1969 geldt voor onrechtmatige wetgeving in materiële zin. Aldus ook een der auteurs in een aantal lezingen, gegeven op de Antillen.

25. HR 15 juni 1979, NJ 1980, 261; zie recentelijk HR 26 september 1986, NJ 1987, 253 MS, en 30 januari 1987, NJ 1988, resp. 89 en 90 MS.

26. HR 26 september 1986, NJ 1987, 253 MS; AB 1987, 70 FHvdB.

27. Kort nadien werden gewezen de arresten HR 30 januari 1987, NJ 1988, 89 resp. 90 MS.

Weliswaar 'in beginsel', maar daaruit kan de overheid weinig hoop putten. Zo kon in het geval Hoffmann-La Roche de overheid absoluut niet voorzien dat nadien het College van beroep voor het bedrijfsleven haar beschikkingen zou vernietigen. Van schuld in de zin van verwijtbaarheid was bij het betrokken overheidslichaam zeker geen sprake.<sup>28</sup> De conclusie moet dan ook zijn dat de Hoge Raad op dit punt de overheid met een onvervalste 'risico-aansprakelijkheid' opzadelt. Want het zal in het vervolg de overheid zijn die het risico draagt voor onverwachte en onvoorzienne rechtspraak. Hoe zorgvuldig een ambtenaar bij het uitvoeren van een beschikking ook is geweest — de beschikking was geheel in overeenstemming met de tot dan toe geldende rechtspraak — de overheid is in de regel toch aansprakelijk als diezelfde beschikking nadien wordt vernietigd.

Waar loopt dat op uit? Op 'übertriebene Ängstlichkeit' bij de ambtenaren, leidend tot een afnemende 'Entscheidungsfreude', zoals dat in het Duits zo mooi klinkt?<sup>29</sup> De kritiek op de uitspraken van de Hoge Raad ligt voor de hand. zonder enige wettelijke grondslag wordt een schuldaansprakelijkheid tot 'risico-aansprakelijkheid' omgetoverd. En waarom? Van een ambtenaar mag men verwachten dat hij de kwaliteiten bezit die voor zijn functie nodig zijn. Behoort niet de norm te zijn: 'de redelijk bekwame ambtenaar'?

Wel kan men dan nog twisten over de precieze inhoud van de norm waaraan een bepaalde ambtenaar moet voldoen? De publieke regelgeving wordt langzamerhand zó ingewikkeld en zó groot kunnen de belangen in een zaak zijn, dat van de betrokken ambtenaar, op welke gemeentesecretarie dan ook, ondertussen al het niveau van een administratief-rechtelijk en civielrechtelijk geschoold jurist verwacht mag worden. Toch staat het vast dat tal van kleine gemeenten niet over dezulken beschikken. Desondanks heeft het Westduitse Bundesgerichtshof niet lang geleden naar ons oordeel terecht geoordeeld dat voor 'Mitglieder Kommunalen Vertretungskörperschaften (...) keine mildernden Sorgfaltsmaßstäbe gelten.'<sup>30</sup> Maar wat er van de *precieze* inhoud van de

28 Zie J. Spier, *Onrechtmatige overheidsdaad*, 1987, blz. 73

29 F. Ossenbühl, *Neuere Entwicklungen im Staatshaftungsrecht*, Vortrag 1984, Walter de Gruyter-Berlin-New York 1984, blz. 10. Bij het navolgende moet worden bedacht dat er in zoverre een wezenlijk verschil bestaat tussen het Duitse en het Nederlandse systeem, dat in Duitsland de nadruk ligt (althans tot voor kort) op de aansprakelijkheid van de *ambtenaar*, terwijl deze in Nederland feitelijk niet in beeld verschijnt, aansprakelijk is niet het beschikkend orgaan, maar de rechtspersoon die het vertegenwoordigt.

30 BGH 14 juni 1984, VersR 1984, blz. 849. Zie daarover kort B. Bender, JZ 1986, blz. 843/4.

norm zij, voor aansprakelijkheid van welke beroepsbeoefenaar dan ook gelden onrechtmatigheid en schuld als vereisten, tenzij in de wet anders zou zijn bepaald. Voor Nederland geldt dat nu niet meer.<sup>31</sup>

Behalve met verbazing is er in de literatuur ook wel met instemming gereageerd op de rechtspraak van de Hoge Raad. Zo meende Scheltema dat het niet aangaat om de burger de schade te laten dragen voor besluiten die in strijd blijken te zijn met het recht.

| 169

‘Indien de overheid besluiten neemt die in strijd met het recht zijn, dan gaat het bij de vraag wie de daardoor veroorzaakte schade moet dragen niet om een keuze tussen de ene persoon of de andere, maar om het laten drukken van de schade op een burger of het voor rekening van de gemeenschap nemen daarvan. Is niemand een verwijt te maken, dan zal men eerder de gemeenschap, dus de overheid, voor de schade laten opkomen, dan de min of meer toevallig daardoor getroffen burger. Want het is toch moeilijk te verdedigen dat de gemeenschap de nadelen van een door haar organen in strijd met het recht genomen besluit afwentelt op een burger, die daaraan part noch deel heeft gehad.’<sup>32</sup>

Maar daarover kan men ook heel anders denken. We spreken hier over een situatie waarin de overheid geen *verwijt* valt te maken van haar beschikken in strijd met de wet. Sterker: het kan zelfs zeer kwetsief zijn óf de beschikking werd genomen in strijd met de wet, bijv. in het geval van een maljugé.<sup>33</sup>

Scheltema verwijst, ter ondersteuning van de rechtspraak van de Hoge Raad, naar het Westduitse recht, suggererend dat er daar een vergelijkbare ontwikkeling is van schuld naar risico. Deze suggestie is evenwel onjuist. Onderzoek naar het Westduitse recht terzake van ‘Verschulden bei unrichtiger Rechtsanwendung’ wijst dat uit. Anders dan Scheltema het doet lijken is de schuldeis in Duitsland allermest verlaten. De norm is ein geschulter, gewissenhaft arbeitender und *pflichtgetreuer Durchschnittsbeamte* in dem konkreten Amt.<sup>34</sup> Het leven ter ge-

31. Overigens is het niet zo dat mét de onrechtmatigheid en mét de schuld meteen ook de aansprakelijkheid van de overheid vast staat. Zo is allermest ondenkbaar dat de vordering alsnog wordt afgewezen omdat het causaal verband zou ontbreken.

32. Annotatie onder Hoffmann-La Roche, NJ 1987, 253 en in NJ 1988, 90.

33. J. Spier, Kwartaalbericht Nieuw BW, 1987, blz. 101.

34. Zie bijv. H. Rittstieg, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3 Besonderes Schuldrecht, Luchterhand 1979, blz. 1009; Palandt Bürgerliches Gesetzbuch 1986, blz. 959; en Erman, BGB Handkommentar 1. Band (B. Drees) 1981, blz. 2243 e.v. Zie ook het boek van B. Bender, Staatshaftungsrecht, C.F. Müller Juristischer Verlag Heidelberg — Karlsruhe 1981, blz. 125 e.v.

meentesecretarie zal er met deze 'Beamte' niet vrolijker op worden, maar hij stelt wèl de norm.

170 |

Dit leidt er toe, sprekend over wetuitlegging en toepassing van het recht door de ambtenaar, dat een onjuiste beschikking dan tot aansprakelijkheid kan leiden

'wenn sie gegen den klaren, bestimmten und völlig eindeutigen Wortlaut des Gesetzes verstösst oder wenn die Auslegung sich in Gegensatz zu einer gefestigten, höchstrichterlichen Rechtsprechung stellt'.<sup>35</sup>

Daaraan voegde het BGH in 1979 toe:

'Kann die nach sorgfältiger Prüfung gewonnene und auf vernünftige Überlegungen gestützte Beurteilung des Beamten als rechtlich vertretbar angesehen werden und hält er an ihr bis zur Klärung der Rechtslage durch die dazu berufenen Gerichte fest, so fällt ihm kein Verschulden zur Last, auch wenn seine Auffassung später von den Gerichten nicht geteilt wird'.<sup>36</sup>

De 'Rechtslage' is reeds dan duidelijk, zo werd al eerder door het BGH uitgemaakt, als over een mogelijk punt van twijfel in één 'höchstrichterliche Entscheidung' ooit werd beslist. Van een vaste rechtspraak hoeft dus geen sprake te zijn.<sup>37</sup>

Welnu, het zal duidelijk zijn dat op het punt van de toepassing van het recht het Westduitse BGH fundamenteel verschilt van de Nederlandse Hoge Raad. Grondslag voor aansprakelijkheid blijft in Duitsland de schuldaansprakelijkheid. Wel is het zo dat betrekkelijk weinig ruimte bestaat om beschikkingen naar eigen overtuiging uit te vaardigen. Maar als het gaat om nieuwe, nauwelijks uitgekristalliseerde wetgeving of om onduidelijke rechtspraak, dan behoeft voor aansprakelijkheid niet te worden gevreesd. Evenmin voor een plotselinge omslag in de rechtspraak.

In zijn boek over het 'Staatshaftungsrecht' vraagt de Duitse auteur Ossenbühl zich af of de ambtenaar niet toch enige ruimte zou moeten hebben om weloverwogen van (vaste) rechtspraak af te wijken. Het BGH laat hem die ruimte niet maar, zegt Ossenbühl, hier rijst dan toch de principiële vraag naar de verhouding tussen de uitvoerende en de

35. BGH 23 maart 1959, BGHZ 30, 19. Zie daarover bijv. Rittsteg, a.w. blz. 1009 e.v.

36. BGH 22 maart 1979, NJW 1979, 2097. Zie daarover Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1983, blz. 44.

37. BGH 29 april 1963, NJW 1963, 1453.



rechtsprekende macht. Is de ambtenaar werkelijk — op straffe van civielrechtelijke aansprakelijkheid — gehouden te allen tijde het gebaande pad te gaan? Is de rechtspraak niet veeleer een 'Rechtsindiz (...) welches nur durch beachtliche Gegengründe entkräftet werden kann?'<sup>38</sup> Ossenbühl staat tamelijk alleen in zijn opvatting en naar ons oordeel terecht.<sup>39</sup> Het moge juist zijn dat de overheid in haar toepassing van het recht principieel een eigen verantwoordelijkheid bezit. Het gaat niet aan te trachten een ommekeer in de rechtspraak te bereiken 'op kosten' van een belanghebbende burger. Welbewust afwijken van het recht wordt niet 'verboden', maar bij een dergelijk handelen ontstaat een aansprakelijkheidsrisico. In zoverre zou men kunnen spreken van een civielrechtelijke *rechtsplicht* jegens de beschikkingvragende burger.<sup>40</sup>

| 171

### 3. SLOT

In een tijd als deze, waarin de rechtsbescherming van burgers tegen de overheid, en meer in het algemeen gesproken de bescherming van 'relatief zwakkeren' tegen 'machtsblokken' (als hoedanig de overheid stellig moet worden gekwalificeerd) furore maakt, is een ontwikkeling als zojuist besproken niet moeilijk te begrijpen. Heel in het algemeen gesproken mag zij zich in een ruime instemming verheugen. En niet ten onrechte, onzes inziens.

Geldt dit over de hele lijn? Moet de geldende rechtspraak nopens onrechtmatige wetgeving, vernietigde beschikkingen, en onrechtmatige

38. Ossenbühl, a.w. 1983, blz. 45. Met andere woorden:

'Der Gesetzesanwender im administrativen Bereich ist also zwar zu einer ständigen ernsthaften Auseinandersetzung mit der höchststrichterlichen Rechtsprechung verpflichtet, aber keineswegs gehalten, dieser Rechtsprechung auch unbedingt Folge zu leisten. Ein wohlbegründetes Abweichen der Verwaltung von einer ständigen Rechtsprechung kann deshalb keine schuldhafte Amtspflichtverletzung begründen.'

39. H.J. Papier, MünchKomm. Bürgerliches Gesetzbuch Schuldrecht Besonderer Teil 2. Halbband 1986, § 839 RdNr. 246 viel hem onlangs bij.

40. Uitvoeriger Ossenbühl, a.w. 1983, blz. 44 e.v. en MünchKomm. § 839, rdnr. 247 (Papier).

Dit alles heeft niets van doen met de 'Einteignungsgleiche Eingriffe' waarvan Scheltema spreekt. Het is bovendien nog maar de vraag of er in West-Duitsland een ontwikkeling plaatsvindt van schuld naar risico. Wel is er sprake van een zekere 'Objektivierung des Verschuldens' en van een 'Entindividualisierung'. Zie voor Nederland instruktief G.H.A. Schut, Onrechtmatige daad, 1985, blz. 32 e.v. Verder: Ossenbühl, a.w. 1983, blz. 49.

rechtspraak als een voorshands onwankelbaar gegeven worden beschouwd? Het moet worden gevreesd, niet het minst omdat de wetgever, enkele voorzichtige vermaningen ten spijt, niet voornemens is deze materie te regelen.

Wat de onrechtmatige *rechtspraak* betreft: het komt voor dat litiganten op dat terrein in een aantal gevallen wel zeer in de kou blijven staan. Zou er niet wat voor te zeggen zijn om de Staat aansprakelijk te stellen voor onmiskenbaar foute beslissingen die *uiteindelijk* tot schade voor een procespartij hebben geleid?<sup>41</sup> *Uiteindelijk*, want in het overgrote deel der gevallen zal een foute rechterlijke uitspraak door een hogere rechter worden geremedieerd en zal daardoor van schade geen of nauwelijks sprake zijn. Doch dat geldt zeker niet steeds. Te denken valt aan een toewijzing ener vordering (al dan niet in een kort geding), uitvoerbaar bij voorraad, terwijl de betalende partij wordt geconfronteerd met het faillissement van zijn wederpartij nadat het evident foute vonnis in hogere instantie was gesneuveld. Moeilijk te beantwoorden in dit verband wanneer sprake is van 'onmiskenbaar fout'. Zoals reeds in 'onmiskenbaar' besloten ligt zal men daarvan niet licht mogen uit gaan. Doch bij kennisneming van de rechtspraak zijn zeker gevallen aan te wijzen waarin dit oordeel zich opdringt.

De gedachte dat *wetgeving in materiële zin* onrechtmatig kan zijn bij strijd met algemene rechtsbeginselen of algemene beginselen van behoorlijk bestuur is een niet ongevaarlijke. De gevolgen van rechtspraak in die zin kunnen moeilijk worden overzien. Een troost hierbij is dat mag worden verwacht dat de rechter zich hier uiterst terughoudend zal opstellen. Zo bezien is dit onderdeel van de rechtsontwikkeling met name een punt van theoretische zorg.

Dat geldt zeker niet waar het betreft de doctrine met betrekking tot *vernietigde beschikkingen*.<sup>42</sup> Moeilijk valt in te zien waarom de over-

41. Par. 839 BGB bepaalt dat aansprakelijkheid kan voortvloeien uit rechtsweigeren of uit het moedwillig vertragen van de procedure ('Verweigerung oder Verzögerung'). Dit privilege spreekt niet voor zich. Het wordt veelal op twee gronden gemotiveerd. Als waarborg voor een onafhankelijke rechtspraak, een motivering waarvan Ossenbühl terecht opmerkt dat ze niet echt overtuigt. De tweede is de 'Sicherung der Rechtskraft' voorkomen moet worden dat eenmaal uitgesproken vonnissen nadien, via het aansprakelijkheidsrecht, weer kunnen worden opengebroken. Gedane zaken nemen geen keer. En al mag waar zijn het Duitse woord. 'Vor Gericht und auf hoher See ist man in Gottes Hand', onverlet blijft toch dat de samenleving gediend is met de zekerheid dat een eenmaal gegeven vonnis, behoudens natuurlijk een hogere rechtsgang, onomkeerbaar is; Ossenbühl, a.w. 1983, blz. 49.

42. Zie nader J. Spier, Kwartaalbericht Nieuw BW 1987, blz. 98 e.v. en noot 24.

heid dan, ongeacht de vraag of haar een verwijt treft, aansprakelijk zou moeten zijn. De angel zit hier niet in de eerste plaats in het 'theoretisch' weinig bevredigende van deze leer. Met name de *gevolgen* baren zorgen. Op zeer ruime schaal worden in den lande beschikkingen vernietigd waardoor, naar kan worden aangenomen, schade, veelal zelfs zeer aanzienlijke schade zal worden geleden. Het is heel merkwaardig dat de nieuwe leer van de Hoge Raad blijkbaar nog niet tot de 'recipiënten' van die beschikkingen is doorgedrongen. Zou dat wel het geval zijn, dan zou verwacht mogen worden dat het onrechtmatige daadsvorderingen zou regenen. Zulks zou aanmerkelijke financiële repercussies kunnen hebben. Het is moeilijk, zonder gedegen onderzoek, een schatting te maken van de omvang van de schadevorderingen waarmee de overheid zou kunnen worden besprongen.

Maar ook zonder zo'n onderzoek is duidelijk dat het gaat om bedragen die hoogst beduidend boven enkele miljoenen guldens zullen liggen. Met name daar wringt de schoen. Het moet wel zeer onwaarschijnlijk worden geacht dat de overheid, zouden de gedupeerden zich de consequenties van de moderne rechtspraak gaan realiseren, zonder 'overreagerende wetgeving' zal toezien. Het paard wordt dan achter de wagen gespannen. Zou het niet verstandiger zijn om de overheid alleen aansprakelijk te doen zijn ingeval van 'geobjectiveerde schuld'.

'Geobjectiveerd', omdat voor de gedupeerde weinig bevredigend zou zijn, wanneer bijvoorbeeld een kleine gemeente zich met vrucht zou kunnen beroepen op niet aanwezige kennis bij haar ambtenaren; hoezeer het niet aanwezig zijn dier kennis in dat concrete geval ook te billijken kan zijn, gelet op het feit dat een kleine gemeente nu eenmaal slechts een beperkt ambtenarencorps in dienst kan hebben, terwijl betrokkenen ook niet alles kunnen weten en bijhouden.